
Petit pas supplémentaire sur le plancher de garanties des droits fondamentaux et enlèvement du statut constitutionnel des personnes détenues

Droit des détenus (Art. 34 Constitution)

Serge Slama



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/652>

DOI : 10.4000/revdh.652

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Serge Slama, « Petit pas supplémentaire sur le plancher de garanties des droits fondamentaux et enlèvement du statut constitutionnel des personnes détenues », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 07 mai 2014, consulté le 10 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/652> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.652>

Ce document a été généré automatiquement le 10 décembre 2020.

Tous droits réservés

Petit pas supplémentaire sur le plancher de garanties des droits fondamentaux et enlissement du statut constitutionnel des personnes détenues

Droit des détenus (Art. 34 Constitution)

Serge Slama

- 1 La troisième fois aura été la bonne ! C'était la troisième tentative en dix ans (CE, 30 juillet 2003, OIP-SF c/ ministre de la justice, n° 253973, tables ; AJ pénal 2004. 37, obs. S. E.-M ; D. 2004. 1095, obs. E. Péchillon ; CE, Sect., 31 octobre 2008, OIP c/Ministre de la Justice, n° 293785, au Lebon ; D. 2009. 134, note M. Herzog-Evans et ibid. 1918, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; Dr adm. 2009. 10, note Melleray ; JCP A 2009, 2083, chron. E. Péchillon ; D. 2009. 134, note M. Herzog-Evans ; AJ pénal 2008. 500, note E. Péchillon) que la section française de l'Observatoire internationale des prisons (OIP-SF) tentait d'obtenir **la mise en cause de l'article 728 du Code de procédure pénale**, issu de l'ordonnance n° 58-1296 du 23 décembre 1958 et dans sa rédaction résultant de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 (et non dans sa rédaction « postérieure » à cette loi comme le décide par erreur le Conseil constitutionnel dans le dispositif de sa décision, ce qui amène Légifrance à considérer, à tort, abrogé au 27 avril 2014 l'article 728 du CPP « modifié par LOI n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 - art. 86 »)¹.
- 2 En raison de la grande marge de manœuvre qu'elle laisse à l'administration pénitentiaire pour faire régner l'ordre en prison, cette disposition avait été contestée dès le milieu des années soixante-dix dans un recours déposé en 1975 par le Comité d'action des prisonniers, le Syndicat de la magistrature, le Syndicat des avocats de France et le Mouvement d'action judiciaire contre le décret du 23 mai 1975 pris après les révoltes des prisons de 1974 (CE, sect., 4 mai 1979, Comité d'action des prisonniers et autres, n° 00096, au Lebon - sur cette décision v. Danièle Lochak, « Défendre en justice la cause des détenus,

défendre en justice la cause des étrangers : différences et convergences » [PDF], in *Défendre en justice la cause des personnes détenues*, colloque CNCDH-CREDOF-OIP, sous dir. S. Slama et N. Ferran, La Documentation française, 2014, p. 95). Cette disposition prévoyait en effet, avant sa modification par l'article 86 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009, qu'« **un décret détermine l'organisation et le régime intérieur des établissements pénitentiaires** », sans davantage encadrer la marge d'appréciation du pouvoir réglementaire alors que de nombreuses libertés fondamentales sont en jeu dans le fonctionnement quotidien de ces établissements.

- 3 Si la censure de l'article 728 du CPP, dans sa rédaction antérieure à la loi du 24 novembre 2009, était attendue de longue date et n'a qu'un intérêt essentiellement rétrospectif, sauf pour les procédures en cours (2°) on ne peut que regretter que le Conseil constitutionnel n'ait pas saisi cette occasion pour faire progresser ou préciser le contenu du statut constitutionnel de la personne détenue comparé notamment à celui des personnes étrangères (3°). Elle n'en témoigne pas moins de l'évolution sensible de l'appréciation du plancher de garanties exigées du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution dans l'organisation intérieure des établissements pénitentiaires (1°).

1°/- Une évolution sensible du plancher de garanties exigées du législateur dans l'organisation intérieure des prisons

- 4 Comment expliquer qu'à propos d'une seule et même disposition, dont la rédaction n'a pas sensiblement évolué entre 1958 et 2009, le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel aient pu aussi substantiellement faire évoluer leur appréciation au point d'aboutir en 2014 à la transmission par le premier de la QPC portant sur l'article 728 du CPP, dans sa rédaction « antérieure à la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 », en raison du caractère sérieux du grief d'incompétence négative par le renvoi « par la loi au pouvoir réglementaire pour déterminer l'organisation et le régime intérieur des établissements pénitentiaires » (CE, 21 février 2014, M. Angelo R., n° 346097) et à la censure de cette disposition dans sa rédaction contestée par le second en retenant « qu'en renvoyant au décret le soin de déterminer ces conditions qui incluent notamment les principes de l'organisation de la vie en détention, de la surveillance des détenus et de leurs relations avec l'extérieur, les dispositions contestées confient au pouvoir réglementaire le soin de fixer des règles qui relèvent de la loi » (décision commentée, cons. 6) ?
- 5 L'explication est à rechercher du côté des conclusions prononcées par Mattias Guyomar sous l'arrêt OIP-SF du 31 octobre 2008 (M. Guyomar, « Le régime de l'isolement pénitentiaire. Concl. sur CE, Sect., 31 octobre 2008, SF-OIP », RFDA 2009. 73). Selon son analyse, lors de son adoption par la loi du 31 décembre 1957 portant institution d'un code de procédure pénale, complété par l'ordonnance du 23 décembre 1958, le législateur serait « resté en deçà de sa compétence » en adoptant l'article 728 du Code de procédure pénale. En effet, **jusqu'à la fin des années quatre-vingt-dix, le Conseil d'Etat admettait largement la compétence du Premier ministre sur le fondement de l'article 728 CPP pour « réglementer les mesures d'ordre intérieur destinées à assurer la discipline dans les établissements pénitentiaires »** (CE, sect., 4 mai 1979, Comité d'action des prisonniers et autres, préc.). Si bien que lors d'une des toutes premières décisions liées à l'action de l'OIP-SF² en 2003³, le Conseil d'Etat avait rejeté la

demande d'abrogation du décret du 2 avril 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus en estimant que les articles 726 et 728 du code de procédure pénale d'une part et l'article 720 d'autre part (sur l'absence de contrat de travail dans la relation de travail) conféraient au Premier ministre compétence pour édicter les dispositions réglementaires critiquées. Celles-ci définissaient pourtant non seulement le régime de fautes passibles de sanctions disciplinaires mais aussi celles susceptibles d'être prononcées dont celle de la mise en cellule disciplinaire ou encore le régime d'entrave au travail en prison ou de mise à pied d'un emploi (CE, 30 juillet 2003, OIP-SF c/ ministre de la justice, préc.).⁴

- 6 Mais, comme l'a fait alors valoir le commissaire du gouvernement, **deux évolutions majeures ont eu lieu depuis**. Elles sont connues de tous : d'une part **le champ des mesures d'ordre intérieur a été progressivement réduit** depuis l'arrêt Marie (1995), en passant par l'arrêt Ministre de la Justice c/M. Remli (2003) et surtout les décisions d'assemblée du 14 décembre 2007, Planchenault, Boussouar et Payet et d'autre part **on est passé d'un « détenu sujet » à un « détenu citoyen »** comme en témoigne notamment la reconnaissance dans la loi du 30 octobre 2007 instituant un contrôleur général des lieux de privation de liberté son rôle de contrôler le respect des « droits fondamentaux » des détenus ou, par la suite, l'adoption de la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 (v. en ce sens : Sabine Boussard (dir.), Les droits de la personne détenue, Actes du colloque de Paris des 26-27 janvier 2012, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013).
- 7 C'est compte tenu de ces évolutions que **Mattias Guyomar constatait dès 2008 l'incompétence négative entachant l'article 728 du CPP** « [...] eu égard aux conséquences des mesures d'organisation des établissements pénitentiaires sur l'exercice des droits dont les détenus restent titulaires, [...] qu'il appartient au législateur d'encadrer plus précisément la détermination du régime intérieur de ces établissements ». Fait exceptionnel, **dans une conférence de presse tenue au Conseil d'Etat avec deux autres commissaires du gouvernement** – Julien Boucher et Isabelle De Silva –, il avait publiquement regretté avant l'adoption de la loi pénitentiaire que : « Tout ce qui relève de la vie en prison est réglementaire » (Alain Salles, « Pour le Conseil d'Etat, la loi doit garantir les droits des prisonniers », Le Monde, 18 décembre 2008). Julien Boucher avait ajouté que : « quand on feuillette le code de procédure pénale, on se rend compte que l'ensemble des mesures qui concernent la pénitentiaire relèvent du règlement, et on ne peut que le regretter » et que dès lors **« il serait bon que la loi régitte davantage ce qui se passe en prison »** (Stéphanie Coye, Hugues de Suremain, « Respect des droits fondamentaux des détenus. Le Conseil d'État montre la voie au législateur », Dedans Dehors n° 67-68 avril 2009, p. 72).
- 8 Toutefois, la décision OIP-SF de 2008 a été rendue avant que le Conseil constitutionnel puisse être saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité. Comme **l'article 728 CPP faisait écran entre la Constitution et la disposition réglementaire contestée** (articles D. 283-1 et suivants du code de procédure pénale relatifs à la mesure administrative de mise à l'isolement issus du décret n° 2006-338 du 21 mars 2006), le Conseil d'Etat a alors jugé que « si l'association requérante soutient qu'en se fondant sur cette disposition pour instituer un régime de mise à l'isolement, le pouvoir réglementaire a méconnu l'article 34 de la Constitution en vertu duquel seul le législateur est compétent pour fixer les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, il n'appartient pas, en tout état de cause, au Conseil d'Etat, statuant au contentieux d'apprécier la conformité à la Constitution de ces dispositions législatives »,

conformément à sa jurisprudence Arrighi de 1936 (CE, Sect., 31 octobre 2008, OIP c/ Ministre de la Justice, préc.).

- 9 Dans leur chronique sous cet arrêt, les responsables du centre de recherche et de diffusion juridique s'écartaient néanmoins de l'analyse de Mattias Guyomar en se montrant plus nuancés. Ainsi, même si l'évolution décrite leur semblait « souhaitable et sera d'ailleurs effective avec l'adoption prévue d'une loi pénitentiaire par le Parlement [...] il ne faudrait pas, à notre sens, en déduire l'extension indéfinie du pouvoir législatif » et ils militaient donc pour un « équilibre entre pouvoir législatif et réglementaire [...] même s'il doit évoluer » et « le principe de la compétence réglementaire d'organisation du service doit être pleinement respecté » (E. Geffray, S.-J. Liéber, « Le droit pénitentiaire, un droit en construction », AJDA 2008 p. 2389⁵).
- 10 Mais, à l'évidence, personne n'était dupe : puisqu'il suffisait d'attendre que la procédure de QPC entre en vigueur, la mise en cause de l'article 728 du CPP n'était que partie remise. En effet, comme l'a noté notre collègue Delphine Costa, « l'action en justice de la section française en faveur de la cause des personnes détenues est remarquable de deux points de vue : **d'un côté, la combativité, de l'autre, la créativité** » (« Retour sur dix ans de jurisprudences suscitées par l'OIP sur la défense de la dignité et des droits fondamentaux des détenus » in *Défendre en justice...*, ouvr. préc., p. 34). Plus prosaïquement, à l'occasion du même colloque Hugues de Suremain, ancien juriste à l'OIP, a rappelé **les « guérillas juridiques » qu'il a fallu menées pour faire reculer effectivement l'injusticiabilité des mesures d'ordre intérieur en prison** (« Genèse de la naissance de la « guérilla juridique » et premiers combats contentieux » in *Défendre en justice...*, ouvr. préc. p. 50) et Patrice Spinosi, qui représente l'OIP en justice depuis 2004, que l'OIP menait sur ce terrain de véritables « guerres de tranchée » car « le but est, petit à petit, de gagner du terrain, de mettre un pied dans la porte, et de la pousser la porte jusqu'à ce qu'elle soit définitivement ouverte » (« Point de vue de l'avocat défendant », in *Défendre en justice...*, ouvr. préc., p. 63).
- 11 Mais lors de l'entrée en vigueur de la QPC en mai 2010, avant de remettre l'ouvrage de l'article 728 CPP sur le métier du Palais Royal, l'OIP a d'abord tenté de s'attaquer à deux autres dispositions entachées d'une incompétence négative. S'agissant d'abord de l'article 706-53-21 du code de procédure pénale sur les droits des personnes faisant l'objet d'une mesure de rétention de sûreté, le Conseil constitutionnel a estimé, contre la position du Conseil d'Etat dans la décision de renvoi, que ces dispositions avaient déjà reçu un brevet de constitutionnalité dans une précédente décision constitutionnelle (Cons. constit., décision n° 2010-9 QPC du 02 juillet 2010, Section française de l'Observatoire international des prisons [Article 706-53-21 du code de procédure pénale], ADL du 2 juillet 2010 par S. Slama). L'OIP avait ensuite produit une importante tierce intervention dans la procédure de QPC contre l'alinéa 3 de l'article 717-3 du Code de procédure pénale prohibant la conclusion d'un contrat dans la relation de travail en détention en développant particulièrement le moyen d'incompétence négative du législateur (Cons. constit., Décision n° 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013, M. Yacine T. et autre [Absence de contrat de travail pour les relations de travail des personnes incarcérées]), Dedans dehors, juin 2013, n° 80, p. 4-5 ; RDSS 2013. 639, note S. Brimo ; AJ Pénal 2013. 556, obs. J.-P. Céré ; RDT 2013. 565, obs. C. Wolmark).
- 12 Dans notre commentaire de cette décision, avec Lola Isidro, nous avons alors déploré que **face à « l'introuvable statut constitutionnel » des travailleurs détenus le Conseil constitutionnel n'ait pas saisi cette occasion pour le déterminer « en creux » sur le**

terrain de l'incompétence négative (Lola Isidro, Serge Slama, « La dérobade du Conseil constitutionnel face à l'ersatz de statut social du travailleur détenu » in Lettre ADL, 25 juin 2013). Le 24 janvier 2014, dans une intervention au colloque « La QPC : quel renouveau pour le droit constitutionnel ? », Mme Nicole Belloubet, membre du Conseil constitutionnel, a d'ailleurs elle-même critiqué à mots à peine couverts le fait que la majorité des membres du Conseil ait refusé de se placer sur ce terrain. En 1999, dans le rapport de la commission qu'il présidait, M. Guy Canivet⁶ avait déjà décrit le « droit mal ordonné » qu'est le droit pénitentiaire : « Tels sont les éléments de ce désordre juridique : la hiérarchie des normes méconnue, des règles d'une qualité discutable et l'existence d'un droit subordonné ». Le rapport concluait que « **le droit de la prison nécessite une restauration du domaine de la loi** et le réaménagement de son contenu » (Amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires, rapport au garde des Sceaux, ministre de la justice, La Documentation française, coll. des Rapports officiels, 2000)

- 13 On comprend dès lors que le Conseil d'Etat ait renvoyé les dispositions critiquées de l'article 728 du CPP dans sa rédaction antérieure à la loi Dati, en raison du caractère sérieux du « moyen tiré de ce que le renvoi par la loi au pouvoir réglementaire pour déterminer l'organisation et le régime intérieur des établissements pénitentiaires méconnaît la compétence confiée au seul législateur [...] peut être utilement soulevé contre les dispositions législatives contestées qui, étant issues de l'ordonnance n° 58-1296 du 23 décembre 1958, sont postérieures à la Constitution du 4 octobre 1958 » (v. sur l'irrecevabilité du grief d'incompétence négative pour une législation antérieure à la Constitution de la V^e : Cons. constit. n° 2010-28 QPC du 17 septembre 2010, Association Sportive Football Club de Metz [Taxe sur les salaires] – ADL du 03 octobre 2010 par S. Slama). Et sans grande surprise le Conseil constitutionnel censure ces dispositions sur le même terrain.

2°/- Une censure pour incompétence négative attendue mais avec un intérêt essentiellement rétrospectif

- 14 Rappelant sa jurisprudence, désormais classique, selon laquelle « la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit »⁷, le Conseil juge que « **la méconnaissance, par le législateur, de sa compétence dans la détermination des conditions essentielles de l'organisation et du régime intérieur des établissements pénitentiaires prive de garanties légales l'ensemble des droits et libertés constitutionnellement garantis dont bénéficient les détenus dans les limites inhérentes à la détention** » et que, par suite, l'article 728 du code de procédure pénale (dans sa rédaction contestée) « doit être déclaré contraire à la Constitution » (cons. 3, 7 et 8).
- 15 Au moment de l'adoption de la loi pénitentiaire, le législateur lui-même avait reconnu qu'« en l'état actuel du droit, la plupart des normes régissant les droits et obligations des personnes détenues sont de nature réglementaire, alors même que l'article 34 de la Constitution donne compétence exclusive au législateur pour définir les règles relatives à l'exercice des libertés publiques. **Les restrictions apportées aux droits fondamentaux**

induites par la privation de liberté doivent être fixées par le législateur » (Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi pénitentiaire (N° 1506), Par M. Jean-Paul Garraud, rapporteur, Assemblée nationale, n° 1899, 2009). Saisi de la constitutionnalité de la loi pénitentiaire par une saisine blanche des députés socialistes, le Conseil constitutionnel avait, d'office, contrôlé uniquement la constitutionnalité de son article 91 modifiant l'article 726 du code de procédure pénale relatif au régime disciplinaire des personnes détenues placées en détention provisoire ou exécutant une peine privative de liberté, en estimant que **« le régime disciplinaire des personnes détenues ne relève pas en lui-même des matières que la Constitution range dans le domaine de la loi ; qu'il appartient cependant au législateur de garantir les droits et libertés dont ces personnes continuent de bénéficier dans les limites inhérentes aux contraintes de la détention »** mais aussi à propos du placement en cellule disciplinaire et du confinement en cellule individuelle ordinaire **« qu'il appartiendra aux auteurs du décret de ne pas définir des sanctions portant atteinte aux droits et libertés dont ces personnes bénéficient dans les limites inhérentes aux contraintes de la détention »** (Cons. constit., Décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, Loi pénitentiaire, cons. 4 et 6.)

- 16 En application de l'article 62 de la Constitution, le Conseil censure l'article 728 CPP dans sa version **avec effet immédiat** compte tenu du fait que la loi du 24 novembre 2009 « a notamment donné une nouvelle rédaction de l'article 728 du code de procédure pénale » et que « le chapitre III du titre Ier de cette loi est relatif aux « droits et devoirs des personnes détenues » (cons. 9 et 10). Dès lors que les services du Conseil constitutionnel auront rectifié la rédaction maladroite du dispositif qui amène paradoxalement Legifrance a considéré l'article 728 du CPP « modifié par LOI n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 - art. 86 » comme étant « abrogé au 27 avril 2014 », et par suite, à faire artificiellement « revivre » la version de cette disposition antérieure à la loi du 23 juin 1987 issue de l'ordonnance de 1958), cette censure n'a, pour l'essentiel, qu'un intérêt rétroactif. **En effet, la déclaration d'inconstitutionnalité ne vaut que pour les affaires non jugées définitivement au moment de l'entrée en vigueur de la loi du 24 novembre 2009**⁸. Hormis le cas d'espèce, elles sont probablement très peu nombreuses⁹.
- 17 En l'occurrence, M. Angelo R. a fait l'objet d'une sanction disciplinaire de placement en cellule disciplinaire d'une durée de 45 jours, soit la durée maximale prévue à la date des faits, prononcée par le directeur interrégional des services pénitentiaires compétent le 8 juillet 2008. Il s'est vu infliger une telle sanction pour avoir frappé au visage un surveillant de la maison centrale d'Ensisheim. Pour se défendre, il a fait valoir que ledit surveillant aurait tenu quelques heures auparavant des propos désobligeants sur sa pratique religieuse (ce que nie le surveillant pénitentiaire et n'est pas corroboré par l'aumônier). Il a contesté cette sanction devant le tribunal administratif de Strasbourg, lequel a ramené sa sanction de cellule disciplinaire à trente jours dans un jugement du 25 juin 2009, mais la cour administrative d'appel de Nancy a annulé ce jugement (CAA Nancy, 18 février 2010, Garde des Sceaux, ministre de la Justice, n° 09NC01261).
- 18 Si le pourvoi en cassation devant le Conseil d'État contre cet arrêt a servi de vecteur à la QPC contre l'article 728 du CPP dans sa rédaction antérieure à la loi pénitentiaire, précisément parce que les faits d'espèce étaient antérieurs, **ce n'était pas l'enjeu essentiel de cette affaire**. En portant cette affaire en cassation l'OIP-SF entendait surtout d'une part faire reconnaître qu'**en cas de sanction infligée à un détenu le juge administratif doit exercer un contrôle de proportionnalité de la sanction** au regard

de la gravité des faits et non un simple contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation limitée à sa disproportion manifeste (v. en ce sens l'évolution récente du contrôle du juge administratif sur les sanctions infligées aux fonctionnaires : CE, Ass., 13 novembre 2013, M. D., n° 347704, Rec. CE ; AJDA 2013 p. 2432, chron. A. Bretonneau, J. Lessi ; RFDA 2013 p. 1175, concl. R. Keller ; JCP G 2014, 149, note Ch. Vautrot-Schwarz ; ADL du 18 décembre 2013 par R. Mulot). D'autre part que le contrôle sur ces sanctions devraient **passer dans le champ du plein contentieux** et non plus du contrôle du juge de l'excès de pouvoir (CE, Ass, 16 février 2009, Société ATOM, n° 274000, au Recueil¹⁰) et ce afin de s'aligner sur le contrôle entier exercé par la Cour EDH même si elle n'a pas (encore) reconnu l'applicabilité de l'article 6§1 de la CEDH (Cour EDH, 5e Sect. 20 janvier 2011, Payet c. France, Req. n° 19606/08 et n° 51246/08 – ADL du 23 janvier 2011 par N. Hervieu ; Cour EDH, 5e Sect. 3 novembre 2011, Cocaïgn c. France, Req. n° 32010/07 ; ADL du 6 novembre 2011 par N. Hervieu. Dans le même sens, v. la position d Conseil d'Etat lors du contrôle du décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010 portant application de la loi pénitentiaire compte tenu de « la nature administrative de l'autorité prononçant les sanctions disciplinaires » : CE, 11 juillet 2012, OIP-SF, n° 347146).

- 19 Enfin, était aussi en jeu la question de savoir si, sans violer le **principe de rétroactivité in mitius**¹¹, la cour administrative d'appel pouvait confirmer **en février 2010** la sanction de 45 jours de mitard, « peine » maximale prévue en application des articles D. 249-1, D. 251 et D. 251-3 du CPP dans leur version applicable à la date des faits ou si la CAA devait appliquer immédiatement la peine pénale la plus douce au jour de sa décision, à savoir une mise en cellule disciplinaire de vingt jours pour une faute disciplinaire du premier degré prévu l'article 726 CPP issu de l'article 91 loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire (c'est-à-dire de l'article R57-7-47 CPP créé l'article 1er du décret n° 2010-1634 du 23 décembre 2010). Toutefois, sauf à considérer cette disposition directement applicable même en l'absence du décret d'application (en ce sens : TA Lille, 13 juillet 2010, S., n° 1004042 et sur l'article 57 de la pénitentiaire : CE, 20 mai 2010, Garde des Sceaux, n° 339259), ce nouveau régime est entré en vigueur après l'intervention de la décision de la CAA. Du reste, ces moyens ne seront même pas examinés par le Conseil d'Etat puisque l'incompétence négative entachant l'article 728 du CPP et la déclaration d'inconstitutionnalité pour les affaires en cours privent la sanction de toute base légale et par suite la sanction prononcée en 2008 sera annulée. Mais on peut imaginer que ce n'est que partie remise et que **d'autres dossiers portés de l'OIP permettront au Conseil d'Etat de franchir le pas en instaurant un véritable contrôle entier et de plein juridiction sur les sanctions infligées au détenus.**
- 20 Cela serait d'autant plus utile que **la protection constitutionnelle reste en l'état d'ébauche.** Le Conseil constitutionnel n'a en effet pas saisi l'occasion pour faire progresser le statut constitutionnel de la personne détenue au moins à un niveau comparable de celui des étrangers.

3°/- Le statu quo du statut constitutionnel des personnes détenues, infra-statut comparé à celui des étrangers

- 21 Comme l'avait fait valoir à l'audience l'avocat du requérant, Me Spinosi, le Conseil se serait arrêté au milieu du gué s'il n'avait « que » censurer l'article 728 du CPP dans sa

version issue de la loi du 22 juin 1987 pour incompétence négative sans dans le même temps saisir l'occasion pour consacrer un vrai statut constitutionnel des personnes détenues¹² calqué sur celui reconnu aux étrangers dans la grande décision de 1993 (Cons. constit., Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France). Néanmoins, le Conseil n'a pas donné suite à la demande de l'avocat aux Conseils de « faire cet effort, ce petit plus [...] pour réduire la honte que constitue aujourd'hui la situation juridique des prisons en France »¹³. Il s'est contenté du statu quo en rappelant, comme il l'avait déjà mentionné dans sa décision sur la loi pénitentiaire (Cons. constit., Décision n° 2009-593 DC du 19 novembre 2009, Loi pénitentiaire, cons. 6) que **les personnes détenues « bénéficient des droits et libertés constitutionnellement garantis dans les limites inhérentes à la détention »** (cons. 5). Le mot « statut constitutionnel » n'est jamais prononcé, pas même dans le commentaire officiel de la décision.

- 22 Certes il y a des différences fondamentales entre le statut des étrangers et celui des détenus. Mais il existe aussi **un certain nombre de convergences entre ces catégories de personnes largement mises au ban de l'Etat Nation** (v Danièle Lochak, « Défendre en justice la cause des détenus, défendre en justice la cause des étrangers : différences et convergences », préc.). Comme les détenus qui voient leurs droits et libertés constitutionnels limités par « les limites inhérentes à la détention », le statut des étrangers est caractérisé par une différence fondamentale avec celui des nationaux : **le législateur peut valablement prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques**. Selon une formulation classique, « aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national » et « les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques » (Cons. constit., Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, préc., cons. 2) et même que « l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière participe de la sauvegarde de l'ordre public qui est une exigence de valeur constitutionnelle » (Cons. constit. Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, cons. 64 – ADL du 13 juin 2011 par Serge Slama). Mais parallèlement le Conseil constitutionnel a reconnu **qu'il appartient au législateur « de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République »** et que « s'ils doivent être conciliés avec la sauvegarde de l'ordre public », figurent parmi ces droits et libertés, « la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale » et qu'en outre « les étrangers jouissent des droits à la protection sociale, dès lors qu'ils résident de manière stable et régulière sur le territoire français » mais aussi « qu'ils doivent bénéficier de l'exercice de recours assurant la garantie de ces droits et libertés » et qu'ils peuvent se prévaloir d'un droit du droit d'asile « qui est propre à certains d'entre eux » (Cons. constit., Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, préc., cons 3 et 4).
- 23 Toutefois si le Conseil constitutionnel a dès cette décision, intervenue moins de quinze après sa première décision en droit des étrangers (Cons. constit., Décision n° 79-109 DC du 09 janvier 1980, Loi relative à la prévention de l'immigration clandestine, cons. 4) placé la barre assez haut, il a depuis, sans formellement revenir sur ce considérant de principe, **décision après décision rogné la portée du principe d'assimilation de l'étranger au**

national dans la jouissance des droits et libertés constitutionnels jusqu'à laisser finalement cette protection constitutionnelle en lambeaux (S. Slama, « Les lambeaux de la protection constitutionnelle des étrangers », RFDC, avril 2012, n° 90, p. 373-386). Comme l'explique Danièle Lochak, « nos juridictions suprêmes sont peu enclines à reconnaître l'inconstitutionnalité des dispositions restrictives des droits et libertés des étrangers sur lesquels on fait systématiquement prévaloir l'objectif sacro-saint de la « maîtrise des flux migratoires » » (JCP G n° 16, 15 Avril 2013, 458).

- 24 S'agissant des détenus, avant 2009, le Conseil constitutionnel n'avait pas eu l'occasion d'esquisser un statut constitutionnel des détenus faute de loi dans ce domaine. Il n'avait évoqué que généralement l'application des peines privatives de liberté (Cons. constit., décisions n° 78 - 97 DC du 27 juillet 1978, Loi portant réforme de la procédure pénale sur la police judiciaire et le jury d'assises, cons. 4 ; 93-334 DC du 20 janvier 1994, Loi instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, cons. 12 ; 2002 - 461 DC du 29 août 2002, Loi d'orientation et de programmation pour la justice, cons. 2 à 9 ; 2004 - 492 DC du 2 mars 2004, Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, cons. 123 à 126).
- 25 Or, depuis la consécration en 2009 de la titularité par les détenus des « droits et libertés constitutionnellement garantis », **le Conseil constitutionnel n'a pris la peine ni d'énumérer précisément les droits et libertés en cause ni d'encadrer et de définir précisément les limites inhérentes à la détention justifiant une restriction de ces droits et libertés**. Ainsi, s'agissant du travail en détention, le Conseil constitutionnel a préféré faire « un pas de côté » pour ne pas trancher la difficulté qui lui était soumise et de poser une clause de non-régression en indiquant qu'il est loisible au législateur « de modifier les dispositions relatives au travail des personnes incarcérées afin de renforcer la protection de leurs droits » (Lola Isidro, Serge Slama, « La dérobade du Conseil constitutionnel face à l'ersatz de statut social du travailleur détenu », préc.). Sans préciser de quels droits et libertés constitutionnels les travailleurs détenus sont titulaires, il a juste rappelé que « l'exécution des peines privatives de liberté [...] a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion » (Cons. constit., Décision n° 2013-320/321 QPC du 14 juin 2013, M. Yacine T. et autre [Absence de contrat de travail pour les relations de travail des personnes incarcérées], cons. 4).
- 26 Il en est de même dans la décision commentée. Comme le rappelle le considérant 2 de la décision, le requérant estimait que l'incompétence négative qui entachait l'article 728 du CPP affectait les droits au respect de la dignité humaine, à la protection de la vie, au respect de l'intégrité physique et à la santé des détenus, au respect de la vie privée, le droit de propriété, le droit à la présomption d'innocence et la liberté religieuse. **Or, hormis la sauvegarde de la dignité de la personne (cons. 4), le Conseil constitutionnel ne donne aucune indication sur les droits et libertés constitutionnels de la personne détenue affectés par cette incompétence négative.**
- 27 Une nouvelle fois on reste donc sur sa faim à la lecture d'une décision, même de censure, du Conseil constitutionnel portant sur les droits et libertés fondamentaux de la personne détenue. Pourtant, en matière de protection des libertés fondamentales, on peut craindre qu'à force de rester au milieu du gué entre les deux berges (protectrice et réductrice des droits de l'homme), la jurisprudence constitutionnelle s'enlise durablement. Encore un effort la rue Montpensier !

28 **Cons. constit., Décision n° 2014-393 QPC du 25 avril 2014, M. Angelo R. [Organisation et régime intérieur des établissements pénitentiaires]**

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. En ce sens v., dans les motifs de la décision commentée, le considérant 6 qui évoque « l'article 728 du code de procédure pénale, **dans sa version antérieure à la loi du 24 novembre 2009 susvisée**, confie au pouvoir réglementaire le soin de déterminer l'organisation et le régime intérieur des établissements pénitentiaires » et le commentaire qui, dans sa dernière page, rapporte que : « Le Conseil a donc jugé que la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 728 du code de procédure pénale, **dans sa rédaction antérieure à cette loi**, prend effet à compter de la date de la publication de la décision commentée, et est applicable à toutes les affaires non jugées définitivement à cette date (cons. 10) ».
2. V. le recueil OIP-CREDOF, *Défendre en justice la cause des personnes détenues : 10 ans de jurisprudence OIP-SF (2002 - 2012)*, par S. Slama et N. Ferran, OIP, 2013.
3. Et non en 2013 comme il est indiqué par erreur dans le commentaire officiel de la décision page 2.
4. Voir aussi CE 13 févr. 2002, M. A., n° 221913 : sur les régimes des permis de visite.
5. Si on tente de décoder ces signes indiens des responsables de cette chronique, ils signifient que la Section n'adhérerait pas totalement et unanimement à la position du commissaire du gouvernement V. sur le CRDJ : Xavier Domino, Aurélie Bretonneau, Emilie Bokdam-Tognetti, Jean Lessi, « Que fait le centre ? », *AJDA* 2014 p. 81.
6. Guy Canivet s'est abstenu de siéger comme le montre le siège vide à la gauche du président Debré sur la vidéo et la liste des membres annexée à la décision.
7. Reprenant Cons. constit., Décision n° 2012 - 254 QPC du 18 juin 2012, Fédération de l'énergie et des mines – Force ouvrière FNEM FO [Régimes spéciaux de sécurité sociale], cons. 3 faisant évoluer la formulation antérieure de Cons. constit., décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010, SNC Kimberly Clark, cons. 4.
8. La loi pénitentiaire n° 2009-1436 du 24 novembre 2009 a en effet procédé à une réécriture d'ensemble des dispositions du CPP relatives aux établissements pénitentiaires. Dans cette optique, les articles 91 et 92 de la loi pénitentiaire ont modifié l'article 726 du CPP et ajouté un article 726-1. Dans le même temps, l'article 728 du CPP a été modifié par l'article 86 de la loi pénitentiaire. Il dispose désormais : « Des règlements intérieurs types, prévus par décret en Conseil d'État, déterminent les dispositions prises pour le fonctionnement de chacune des catégories d'établissements pénitentiaires ».
9. On peut se demander si la décision commentée n'interroge pas la constitutionnalité pour incompétence négative de l'article L.553-6 du CESEDA qui prévoit qu' : « Un décret en Conseil d'Etat définit les modalités selon lesquelles les étrangers maintenus en rétention bénéficient d'actions d'accueil, d'information et de soutien, pour permettre l'exercice effectif de leurs droits et préparer leur départ » et

l'article L.821-5 du même code : « *Un décret en Conseil d'Etat détermine les conditions d'application du présent chapitre ainsi que les conditions dans lesquelles les agents de sécurité privée investis des missions qu'il prévoit peuvent, le cas échéant, être armés* ». Toutefois, le CESEDA garantit un certain nombre de droits et libertés aux étrangers retenus. En outre, le distinguant du régime de détention pénitentiaire, le Conseil constitutionnel a jugé que les conditions de prise en charge en unités pour malades difficiles (UMD) ne nécessitaient pas de régime législatif (Cons. constit., Décision n° 2013-367 QPC du 14 février 2014, Consorts L. [Prise en charge en unité pour malades difficiles des personnes hospitalisées sans leur consentement], cons. 10).

10. V. aussi CE, 10 juin 2009, Mme Zheng, n°318898, aux Tables : retrait d'une carte de résident ; CE, 9 juillet 2010, Berthaud, n°336556, au Recueil : retrait de points du permis de conduire ; CE, 23 février 2011, Cambessedé, n°332837, aux Tables : décisions d'exclusion du revenu de remplacement des demandeurs d'emploi pour non justification d'actes positifs de recherche d'emploi ; CE, Ass, 21 décembre 2012, Société groupe Canal plus et société Vivendi Universal, n° 353856, au Recueil : sanctions infligées par l'Autorité de la concurrence sur le fondement du IV de l'article L. 430-8 du code de commerce.

11. V. Cour EDH, 5e Sect. 6 octobre 2011, Soros c. France, Req. n° 50425/06 ; ADL du 6 octobre 2011 par N. Hervieu.

12. L'expression est du secrétaire général de Conseil constitutionnel de Robert Badinter, M. Bruno Genevois (« Un statut constitutionnel pour les étrangers », *RFDA*, 1993, p. 871).

13. De manière anecdotique, comme on peut le voir sur la vidéo (16 min 35), à la fin de la plaidoirie de Me Spinosi, le président Debré a répondu, sous forme de boutade, qu'il « *demandait toujours à nous [le Conseil] un effort mais pas à M. Pottier [le représentant du secrétariat général du Gouvernement]* ». Ce à quoi Me Spinosi a répondu qu'il connaissait déjà la position de ce dernier mais que pour le Conseil il « *espérai[t] encore* ». Du reste, si le gouvernement et le parlement peuvent améliorer le statut législatif du détenu ils ne peuvent par définition consacrer ou faire progresser le statut constitutionnel de celui-ci ; rôle qui n'appartient qu'à l'interprète authentique de la norme fondamentale et au Constituant.

RÉSUMÉS

Dans la décision commentée, le Conseil constitutionnel censure l'article 728 du Code de procédure pénale dans sa version postérieure à la loi du 22 juin 1987 (et, même s'il a omis de l'indiquer, antérieure à la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009). En prévoyant seulement qu'« un décret détermine l'organisation et le régime intérieur des établissements pénitentiaires » sans apporter davantage de précisions sur les garanties que devaient apporter le législateur pour assurer le respect des droits et libertés constitutionnels en cause dans l'organisation intérieure des établissements pénitentiaires, le législateur a entaché cette disposition d'une incompétence négative. Même si elle n'a qu'un intérêt essentiellement rétrospectif (hormis pour les affaires en cours portant sur des faits antérieurs à la loi pénitentiaire), cette censure est l'occasion de mesurer l'évolution sensible des exigences du Conseil d'Etat et du Conseil constitutionnel s'agissant du plancher de garanties nécessaires pour assurer le respect de leurs droits et libertés constitutionnels des détenus. Toutefois, préférant le statut quo, le Conseil constitutionnel ne saisit pas cette occasion pour forger un véritable statut constitutionnel des personnes détenues à l'image de celui reconnu aux étrangers en 1993.

AUTEUR

SERGE SLAMA

CREDOF